



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 271/2022

(Pleno)

San Cristóbal de La Laguna, a 6 de julio de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial, tramitado ante la reclamación de indemnización, formulada por (...) en nombre y representación de (...) y por (...), en nombre y representación de (...), mercantiles titulares del Centro Comercial (...) situado en Adeje, por las medidas adoptadas por la Administración, tanto estatal como autonómica, en su condición de autoridad delegada, a consecuencia de la COVID 19, como consecuencia del funcionamiento del servicio público de la Dirección General de Salud Pública dependiente del Servicio Canario de Salud (EXP. 176/2022 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El presente Dictamen -solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias- tiene por objeto la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de (...), en nombre y representación de la empresa (...) y de (...), como representante de la compañía (...) -entidades mercantiles titulares del Centro Comercial (...) situado en el municipio de Adeje-, y en cuya virtud se solicita el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a las precitadas sociedades mercantiles como consecuencia de las diversas medidas restrictivas (especialmente, en lo que a la libertad de empresa se refiere) adoptadas por las Administraciones Públicas -tanto estatal como autonómica- para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

2. Los reclamantes solicitan una indemnización por importe de 1.516.369,69 € - folio 14-. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo, y la legitimación del Sr. Consejero para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

Los reclamantes interesan *« (...) el abono en concepto de indemnización por los daños sufridos a consecuencia directa de la declaración del estado de alarma (...) y que se cuantifica en la pérdida de beneficios económicos que se hubieran percibido si no se hubieran adoptado las medidas que suspendieron y prohibieron la actividad comercial desde el 14 de marzo de 2020 al 25 de mayo de 2020, por las rebajas de las rentas que se vieron obligados a realizar, así como esos mismos daños hasta la finalización del estado de alarma del pasado 9 de mayo de 2021, por la reducción de aforos, menos metros de venta y reducción de horario (...) »*.

3. En el análisis jurídico a efectuar resulta de aplicación la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

Igualmente, se ha de observar lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; y la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (en adelante, LOSC).

4. Las empresas reclamantes ostentan la condición de interesadas, en cuanto titulares de un interés legítimo [art. 32.1 LRJSP y art. 4.1.a) LPACAP], puesto que alegan daños sufridos en su esfera jurídica como consecuencia, presuntamente, del funcionamiento de los servicios públicos de titularidad autonómica (y estatal). Sólo con este título están presentes en el procedimiento de responsabilidad en el que reclaman, ya que no consta en el expediente que también intervengan en nombre de otros reclamantes. Constatación ésta que resulta señalable dado que entre la documentación remitida por los señores (...) y (...) para ser incorporada al mismo figura (Anexo 8, folio 2038 del expediente) un *«modelo de carta»*, de fecha 15 de abril de 2020, presuntamente dirigida por estos últimos a todos y cada uno de los arrendatarios de los locales comerciales integrados en el Centro Comercial (...). Y es

que en tal carta, los ahora reclamantes proponen a los arrendatarios suscribir un contrato por el que:

- los propietarios del centro comercial «*suspenden*» el cobro de la renta de abril y mayo de 2020, para paliar los efectos del cierre de establecimientos ordenado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

- los daños derivados de tal cierre de establecimientos podrán reclamarse «*del Estado*» por los propietarios a través de un procedimiento de responsabilidad administrativa, obligándose los arrendatarios a «*colaborar con la Propiedad en la formulación de tal reclamación y, en la medida que fuera preciso, ceden (los arrendatarios) cuantos derechos y acciones pudieran corresponderle para reclamar del Estado (...)*».

Por otro lado, también en el escrito inicial de reclamación (pág. 13 del mismo) se intenta conectar las bonificaciones que los reclamantes afirman haber aplicado a las rentas arrendaticias con la «*merma de la actividad económica de los inquilinos*». Ello, unido a lo consignado en la carta-contrato antes referida, induce a pensar que los reclamantes pretenden actuar en el procedimiento de responsabilidad sobre el que se dictamina no sólo en su nombre sino también en el de los arrendatarios, que son propiamente los titulares de la actividad comercial suspendida o limitada por efecto de la normativa anti-COVID.

Tal pretensión, indirectamente aludida, de actuar en nombre de los arrendatarios-titulares de los establecimientos comerciales, que habrían cedido su acción de reclamación, debe ser firmemente desatendida. No hay en el expediente documento alguno, suscrito por tales comerciantes, que confiera representación a los reclamantes. Ni la carta-contrato, que además la reproducida sólo se refiere a los meses de abril y mayo de 2020, aparece firmada por estos últimos [propiamente ni siquiera por los señores propietarios del (...)].

En fin, en este procedimiento la legitimación activa la ostentan sólo y exclusivamente las empresas (...) y (...), que intervienen representadas por los señores (...) y (...) (art. 5 LPACAP).

5. En lo que se refiere a la legitimación pasiva, resulta necesario efectuar las siguientes consideraciones jurídicas.

Las entidades mercantiles formulan su reclamación solidariamente contra la Administración General del Estado y la Administración de la Comunidad Autónoma de

Canarias, al entender, a su juicio, que no resulta posible determinar el grado de responsabilidad de cada una de ellas en la producción del evento dañoso (art. 33.2, in fine, LRJSP). Particularmente a la Administración autonómica atribuyen responsabilidad ya que «*el Presidente del Gobierno de Canarias dictó numerosas resoluciones como autoridad delegada del Gobierno de España*» (pág. 3 del escrito de reclamación); pero el hecho de que califiquen de solidaria la responsabilidad por la que reclaman supone que exigen de cada una de las Administraciones, y en este procedimiento de la Autonómica canaria, la totalidad del daño que alegan haberseles infligido. En consecuencia, de entrada procede aclarar si existe esta responsabilidad solidaria, para todo el daño o para parte de él, o si por el contrario la eventual imputación de responsabilidad puede atribuirse por separado a una o la otra Administración.

Del contenido del escrito de reclamación se infiere que las empresas reclamantes articulan su pretensión indemnizatoria tomando en consideración los siguientes periodos temporales:

a) Primer periodo. Es el correspondiente a la declaración del primer estado de alarma en España a raíz de la crisis sanitaria originada por la COVID-19 y sus sucesivas prórrogas. Este periodo abarca desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 20 de junio de 2020, inclusive.

b) Segundo periodo. Se corresponde a la fase intermedia, esto es, el periodo posterior a la finalización del estado de alarma inicial y anterior a la declaración del segundo estado de alarma en España. Este periodo se extiende desde el día 21 de junio hasta el día 24 de octubre de 2020.

c) Tercer periodo. Se trata de la última fase, que se inicia el 25 de octubre de 2020 con la declaración del segundo estado de alarma y culmina el 9 de mayo de 2021.

Pues bien, la legitimación pasiva de la Administración autonómica ha de ser analizada atendiendo a dichos periodos temporales, en el marco del régimen aplicable a la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas.

6. El art. 33 LRJSP regula la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas:

«1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de

forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

3. En los casos previstos en el apartado primero, la Administración competente para incoar, instruir y resolver los procedimientos en los que exista una responsabilidad concurrente de varias Administraciones Públicas, será la fijada en los Estatutos o reglas de la organización colegiada. En su defecto, la competencia vendrá atribuida a la Administración Pública con mayor participación en la financiación del servicio.

4. Cuando se trate de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, la Administración Pública competente a la que se refiere el apartado anterior, deberá consultar a las restantes Administraciones implicadas para que, en el plazo de quince días, éstas puedan exponer cuanto consideren procedente».

Descartado el supuesto de actuación conjunta a través de un organismo formado *ad hoc* para atender la respuesta pública a la pandemia (art. 33.1 LRJAP), que no existe, resulta de aplicación el número siguiente de tal artículo, que recoge el principio de imputación separada a cada una de las Administraciones intervinientes, de resultar posible, para si no atribuirla a ambas como responsabilidad solidaria. Ya desde nuestro Dictamen 613/2011, de 14 de noviembre, hemos analizado los diferentes supuestos que en tal categoría se integran, y hemos considerado los criterios a tener en cuenta en cada uno de ellos para *«intentar ante todo encontrar un patrimonio público de imputación separada, acudiendo a la fórmula de la responsabilidad solidaria sólo si el intento resulta infructuoso»* (Fundamento III. 2). En consecuencia, en el supuesto a que se refiere este procedimiento buscaremos uno o más sujetos públicos de imputación separada, en principio analizando la competencia (criterio preferente) atribuida a cada Administración. Tal análisis competencial procede realizarlo, en nuestro caso, en cada una de las tres fases más arriba determinadas:

6.1. Desde la entrada en vigor del estado de alarma -el mismo día de la publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19-, se produjo un cambio del marco jurídico ordinario, que trajo consigo una redistribución de las competencias entre las

Administraciones Públicas para adoptar las medidas de carácter sanitario y epidemiológico destinadas a hacer frente a la crisis derivada de la pandemia, correspondiendo desde aquel momento dichas competencias al Gobierno de la Nación (arts. 7 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio y 4 a 6 del Real Decreto 463/2020).

Respecto a este periodo inicial, se ha de traer a colación lo afirmado recientemente por el Consejo Consultivo de Castilla y León en su dictamen n.º 111/2022, de 6 de abril de 2022 -y cuyos argumentos jurídicos se comparten plenamente-:

«Aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma (STC 83/2016, de 28 de abril).

Como declaró el Tribunal Constitucional en el Auto 7/2012, de 13 enero, “todos los estados que cabe denominar de emergencia ex art. 116 CE (...) suponen (...) excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria (arts. 9 a 12; 16 a 30; 32 a 36 de la Ley Orgánica 4/1981), pues el fundamento de la declaración de cualquiera de estos estados es siempre la imposibilidad en que se encuentran las autoridades competentes para mantener mediante «los poderes ordinarios» la normalidad ante la emergencia de determinadas circunstancias extraordinarias (art. 1.1 de la Ley Orgánica 4/1981)” (FJ 4).

De esta forma, a los efectos del estado de alarma la Autoridad competente es el Gobierno ex artículo 7 de la Ley Orgánica 4/1981 (o, por su delegación, el Presidente de la Comunidad Autónoma, cuando la declaración afecte exclusivamente a su territorio), de manera que en la adopción de las medidas para solucionar la emergencia que motiva la declaración del estado de alarma se altera temporalmente el esquema normal de distribución competencial, de modo que aquella se residencia en el Gobierno del Estado, aunque la Comunidad Autónoma afectada disponga en la materia de competencias exclusivas o, como sucede en la materia sanitaria, de desarrollo de la legislación básica.

A este respecto, el artículo 4 del citado Real Decreto 463/2020 designó inicialmente a los titulares de distintos departamentos ministeriales como autoridades delegadas competentes, entre ellos al Ministro de Sanidad, que en el ejercicio de esta delegación pueden dictar las órdenes, resoluciones, disposiciones e instrucciones interpretativas

necesarias “para garantizar la prestación de todos los servicios ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de bienes y lugares, mediante la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio”.

Sin perjuicio de ello, el artículo 6 del Real Decreto 463/2020 prevé que, en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente, cada Administración conserva las competencias que le atribuye la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias, sin perjuicio de lo establecido en sus artículos 4 y 5».

En efecto, desde el día 14 de marzo de 2020, todas las medidas contenidas en el Real Decreto 463/2020, así como en los sucesivos Reales Decretos de prórroga del estado de alarma inicial y en las órdenes ministeriales e instrucciones dictadas por las autoridades competentes delegadas, han constituido el marco normativo para gestionar tanto la emergencia sanitaria provocada por la pandemia, como para adoptar medidas socioeconómicas y para regular la nueva situación generada a consecuencia de aquélla.

En conclusión, desde el 14 de marzo hasta el 20 de junio de 2020 (inclusive), la legitimación pasiva para responder de los eventuales daños y perjuicios derivados de las medidas restrictivas adoptadas dentro del marco jurídico del estado de alarma no correspondió a la Comunidad Autónoma de Canarias, pues todas las competencias correspondieron en exclusiva al Gobierno de la Nación.

6.2. A punto de finalizar la aplicación del anterior primer estado de alarma el Gobierno acordó el 28 de abril de 2020 un Plan de Desescalada, para ir retornando escalonadamente a la que denominó *Nueva Normalidad*. El RD 555/2020, de 5 de junio mantuvo la competencia del Gobierno en la aplicación de las medidas que atribuyó a cada una de las tres fases de este Plan, pero reconoció un ámbito competencial para las Comunidades Autónomas en una fórmula de colaboración con el primero que denominó de *cogobernanza*. La norma que inmediatamente siguió a tal RD fue el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (popularmente conocido como Real Decreto-ley de la «*nueva normalidad*», y que ha sido objeto de derogación tácita por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19).

Para una vez finalizado el primer estado de alarma, manteniéndose la situación de crisis sanitaria, el RDL 21/2020 estableció un modelo de colaboración entre la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas al que denominó de cogobernanza. No existe una definición jurídica precisa de este nuevo concepto, que parece aludir a una determinada modalidad dentro del marco de las relaciones interadministrativas; al respecto, ha de señalarse que no figura entre las reguladas en los artículos 140 y siguientes de la LRJSP. Pues bien, esta cogobernanza, según el RD 555/2020 y el RDL 21/2020 y otras normas sobre la llamada *Nueva Normalidad*, supone la recuperación por las Comunidades Autónomas de sus competencias propias, pudiendo adoptar en su ejercicio determinadas medidas preventivas complementarias de las de la Administración General del Estado especialmente en materia sanitaria. Compatible con tal ejercicio de competencias propias resulta el despliegue de actividades de colaboración entre ambas Administraciones [art. 140.1.c) LRJSP: «*entendido como el deber de actuar con el resto de Administraciones Públicas para el logro de fines comunes*»]. Finalmente, mientras permanezca la situación de crisis sanitaria la Administración General del Estado conserva determinadas funciones de coordinación sobre las Comunidades Autónomas en la prevención y control epidemiológicos.

Pues bien, es en este escenario donde se enmarca el Acuerdo adoptado por el Gobierno de Canarias, en sesión extraordinaria, el día 19 de junio de 2020, por el que se establecen medidas de prevención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la fase III del plan para la transición hacia una nueva normalidad, finalizada la vigencia de las medidas propias del estado de alarma (publicado en el B.O.C. n.º 123, de 20 de junio de 2020).

En dicho Acuerdo de Gobierno se señala lo siguiente respecto a su justificación y naturaleza:

«Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020, se aprobó el Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad que concibe el levantamiento de las medidas de contención de modo gradual, asimétrico, coordinado con las comunidades autónomas y adaptable a la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas.

El Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, prevé que la superación de todas las fases previstas en el Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19 (artículo 5) implicará que queden sin efecto las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma en las correspondientes provincias,

islas o unidades territoriales. Asimismo, permite que sean las comunidades autónomas las que puedan decidir -según su artículo 6- cuándo se supera la fase III en las diferentes provincias, islas o unidades territoriales de su Comunidad y, con ello, la entrada en la «Nueva Normalidad» y el fin de las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma.

El Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, establece en su capítulo II el mantenimiento de determinadas medidas de prevención e higiene que han de ser complementadas por la adopción de otras medidas de prevención con fundamento en las previsiones de la normativa sanitaria que habilitan para ello. Esta normativa sanitaria se concreta en Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública que establecen la posible adopción de medidas por parte de las autoridades sanitarias en situaciones de riesgo para la salud de las personas.

En este sentido, cabe señalar que, una vez finalizado el estado de alarma, dada la subsistencia de la situación de crisis sanitaria provocada por la pandemia es necesario la adopción de estas medidas preventivas para la protección de la salud pública de forma complementaria a las ya previstas en el citado Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, que asimismo habilita a las autoridades sanitarias para su adopción. Estas medidas, si bien podrán ser modificadas, mantendrán su vigencia hasta tanto se declare por el Gobierno del Estado oficialmente la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19».

Este Acuerdo de Gobierno ha sido objeto de diversas actualizaciones -mediante Acuerdos de Gobierno de 2 y 9 de julio, 3, 13, 20 y 27 de agosto, 3, 4, y 10 de septiembre, 1 y 8 de octubre, -en el concreto ámbito temporal de este segundo período que va desde el 21 de junio al 25 de octubre de 2020 al que ahora nos estamos refiriendo- y 23 de diciembre de 2020; 21 y 28 de enero de 2021; 1, 18 y 31 de marzo; 22 y 29 de abril; 12 de mayo y 10, 17 y 23 de junio; 1, 8 y 22 de julio; y 5 de agosto de 2021 -sin solución de continuidad, con posterioridad a dicho período- (B.O.C., n.º 134, de 4.7.2020; B.O.C., n.º 139, de 10.7.2020; B.O.C., n.º 157, de 5.8.2020; B.O.C., n.º 164, de 14.8.2020; B.O.C., n.º 169, de 21.8.2020; B.O.C., n.º 175, de 29.8.2020, B.O.C., n.º 182, de 5.9.2020; B.O.C., n.º 187, de 11.9.2020; B.O.C., n.º 203, de 3.10.2020; B.O.C., n.º 208, de 9.10.2020; B.O.C., n.º 266, de 24.12.2020; B.O.C., n.º 15, de 22.1.2021; B.O.C., n.º 20, de 29.1.2021; B.O.C., n.º 42, de 2.3.2021; B.O.C., n.º 57, de 20.3.2021 -c.e., B.O.C., n.º 60, de 23.3.2021-;

B.O.C., n.º 67, de 1.4.2021; B.O.C., n.º 83, de 23.4.2021 -c.e., B.O.C., n.º 84, de 26.4.2021-; B.O.C., n.º 88, de 30.4.2021; B.O.C., n.º 99, de 14.5.2021; B.O.C., n.º 120, de 11.6.2021; B.O.C., n.º 125, de 18.6.2021; B.O.C., n.º 130, de 23.6.2021; B.O.C., n.º 140, de 9.7.2021; B.O.C., n.º 141, de 10.7.2021; B.O.C., n.º 152, de 26.7.2021 y B.O.C., n.º 163, de 9.8.2021)-; habiendo sido dejado sin efecto mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de Canarias, de 2 de septiembre de 2021 (B.O.C., n.º 183, de 6 de septiembre de 2021), como consecuencia de la entrada en vigor -el 6 de septiembre de 2021- del Decreto ley 11/2021, de 2 de septiembre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria y las medidas para el control y gestión de la pandemia COVID-19 en Canarias (B.O.C. extraordinario n.º 183, de 6 de septiembre de 2021).

Este acuerdo de Gobierno -y sus posteriores actualizaciones- es trasunto de la actividad de intervención administrativa en la esfera de los particulares por motivos de salud pública, amparado no sólo en la normativa estatal emitida durante la pandemia (significativamente, el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, sustituido posteriormente por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19), sino, además, en la legislación sanitaria. Como certeramente se indica en los antecedentes del Acuerdo de 2 de septiembre de 2021, del Consejo de Gobierno de Canarias, « (...) *las medidas adoptadas con ocasión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 tras los dos estados de alarma -declarados por Reales Decretos 463/2020, de 14 de marzo, y 926/2020, de 25 de octubre-, lo han sido hasta el momento, como medidas de intervención administrativa del Gobierno de Canarias, como responsable último del funcionamiento ordenado, eficiente y eficaz, de las actividades sanitarias de las Administraciones Públicas de Canarias, que tiene asignadas las competencias de ordenación, planificación, dirección, supervisión, control, inspección y sanción sanitarias, sociosanitarias y de salud pública -Capítulo V del Título II de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, artículos 42 y siguientes-, ostentando, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 del mismo texto legal, el carácter de autoridad sanitaria para la determinación de las actuaciones de intervención administrativa en el ámbito de la salud que se contemplan en sus artículos 24 y siguientes*».

Es precisamente en todo este periodo intermedio donde sí podemos encontrar medidas tanto normativas como administrativas de la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias. En consecuencia, se encuentra legitimada pasivamente en relación con las reclamaciones que pudieran presentarse con fundamento en tales medidas.

6.3. La tercera fase a la que el escrito de reclamación se refiere es la del segundo estado de alarma. Se extiende desde el 25 de octubre de 2020 hasta el 9 de mayo de 2021. En el curso de esta fase, sin embargo, hay que tener presente ante todo que conviven en el tiempo dos grupos de medidas diferentes que inciden sobre la legitimación pasiva de la CAC para entender de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que pudieran suscitársele en esta materia.

Así, en primer lugar, similares argumentos jurídicos a los expuestos en el apartado 6.1 anterior llevarían a concluir que en principio tampoco le resultan imputables a la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias durante esta fase los daños derivados de eventuales limitaciones a la circulación de personas, a la entrada o salida de la Comunidad Autónoma, a la permanencia de personas agrupadas o en lugares de culto, establecidas para el período de vigencia del segundo estado de alarma declarado mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que fue prorrogado durante seis meses por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021, en tanto que se trata de medidas contempladas en el Real Decreto 926/2020 (arts. 5 a 8) y adoptadas como autoridad delegada por el Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias (arts. 2 y 10 del Real Decreto 926/2020).

Como bien se señala en el precitado dictamen n.º 111/2022, de 6 de abril de 2022, del Consejo Consultivo de Castilla y León, *«el Real Decreto 926/2020, a diferencia del anterior, no prevé una suspensión generalizada de las actividades ni un confinamiento domiciliario, pero sí que establece una serie de medidas restrictivas a la circulación en horario nocturno, a la entrada y salida de personas en Comunidades Autónomas o ámbitos inferiores, límites a la participación en grupos y a la permanencia en lugares de culto.*

A su vez, en su artículo 2, el citado Real Decreto dispuso lo siguiente:

“1. A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno de la Nación.

»2. En cada comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía, en los términos establecidos en este real decreto.

»3. Las autoridades competentes delegadas quedan habilitadas para dictar, por delegación del Gobierno de la Nación, las órdenes, resoluciones y disposiciones para la aplicación de lo previsto en los artículos 5 a 11. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno ni será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo

del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”.

La Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 183/2021, de 27 de octubre, recaída en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 926/2020, estima las pretensiones de inconstitucionalidad relativas a la duración de los seis meses de la prórroga autorizada por el Congreso de los Diputados y al régimen de delegación que efectuó el Gobierno del Estado en los presidentes de las Comunidades Autónomas, al desconocer la esencia de la posición institucional del Congreso y del Gobierno y de las relaciones entre ambos poderes, durante la vigencia del estado de alarma y de su prórroga.

Declara la Sentencia que “La delegación acordada, (...) no respondió a lo que es propio de un acto de tal naturaleza (...), que implica que el delegante, en cuanto titular y responsable de la potestad atribuida, establezca, al menos, los criterios o instrucciones generales que deba seguir el delegado para la aplicación de las medidas aprobadas; para el control que haya de ejercer durante su aplicación; y, por último, para la valoración y revisión final de lo actuado”.

De este modo, la Sentencia vuelve a poner el acento en que, también durante la vigencia del estado de alarma declarado mediante el Real Decreto 926/2020, es el Gobierno del Estado la autoridad responsable de la adopción de las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales, y declara por ello la inconstitucionalidad de los apartados 2 y 3 del artículo 2, y la de aquellos que permitían a la autoridad delegada fijar limitaciones en cuanto a su contenido (apartado 2 de los artículos 5, 6, 7, 8; artículo 9.1 -salvo el inciso inicial de su párrafo segundo- y 9.2 -salvo su párrafo primero-; artículo 10; y artículo 11).

Aun así, la declaración de inconstitucionalidad no implica por sí sola, la nulidad de los actos y disposiciones dictados por las autoridades de la Comunidad Autónoma, pues, la Sentencia precisa el alcance de su pronunciamiento en el sentido de que “Esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia. Ello sin perjuicio de que tal afectación pudiera, llegado el caso, ser apreciada por los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto, siempre conforme a lo dispuesto en la legislación general aplicable y a lo establecido, específicamente, en el art. 40.1 LOTC”.

Sin perjuicio de lo expuesto, hay que recordar aquí también, que la STC 183/2021 desestima las impugnaciones formuladas contra las limitaciones de derechos fundamentales establecidas en los artículos 5 a 8 del Real Decreto 926/2020, a las que el reclamante atribuye la producción del daño, por haberse ajustado al principio de proporcionalidad en su determinación. En concreto, se trata de la limitación de la libertad de circulación en horario nocturno, la restricción de entrada y salida de personas en comunidades autónomas o en ámbitos territoriales inferiores, así como la limitación de la permanencia de grupos de

personas tanto en espacios públicos como privados. Considera el Tribunal a este respecto que la medida de restricción de la movilidad ha superado el juicio de proporcionalidad, ya que “resultó adecuada porque era apta para dar cumplimiento a una finalidad legítima como era la de reducir sustancialmente la movilidad del virus” y “necesaria para hacer frente a las constatadas mutaciones del virus y a su creciente propagación, como también al previsible incremento de la presión asistencial y hospitalaria”. Asimismo, la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados y en lugares de culto se considera como “una medida necesaria y adecuada con los mismos argumentos citados anteriormente”».

En definitiva, desde el 25 de octubre de 2020 hasta las 00.00 horas del día 9 de mayo de 2021, la legitimación pasiva para responder de los eventuales daños y perjuicios derivados de las medidas restrictivas adoptadas dentro del marco jurídico del segundo estado de alarma -esto es, al amparo del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y su prórroga efectuada por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre- le correspondería, única y exclusivamente, en principio, al Gobierno de la Nación en su condición de autoridad competente; la posible participación de la Administración autonómica lo sería como autoridad delegada, de cuya condición no provendría legitimación pasiva alguna (art. 2.1 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre).

Ahora bien, sí hay legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma de Canarias en este tercer período en relación con los daños por lo que en este caso se reclama, en tanto que no resultan encuadrables en las anteriores limitaciones impuestas por el segundo estado de alarma, sino que provienen en exclusiva del ejercicio de sus competencias en materia sanitaria, que se siguieron ejerciendo mediante sucesivas actualizaciones del Acuerdo de 19 de junio de 2020.

Como la reclamación que es objeto de este procedimiento se fundamenta en las limitaciones impuestas en concepto de aforos, superficie y horarios a los establecimientos comerciales, en efecto, la CAC ostenta la legitimación pasiva para entender de dicha reclamación en tanto que tales medidas son el resultado del ejercicio de sus propias competencias en materia sanitaria.

6.4. En este sentido, se entiende que la Comunidad Autónoma de Canarias se encuentra legitimada pasivamente para conocer de las reclamaciones en concepto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (art. 32 y ss. LRJSP) que tengan por objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a los particulares como consecuencia de la adopción (en calidad de autoridad sanitaria ex

art. 28 LOSC -y no como autoridad competente delegada bajo el paraguas de los diferentes estados de alarma- y al amparo de la normativa sanitaria ordinaria) de las medidas de prevención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y que fueron implementadas por la Administración autonómica en el periodo comprendido entre las 00.00 horas del día 21 de junio de 2020 y las 00.00 horas del día 9 de mayo de 2021 -*dies ad quem* fijado por las mercantiles reclamantes y que coincide con la finalización de la prórroga del segundo estado de alarma-.

Así pues, desde el punto de vista de la legitimación pasiva, los únicos daños y perjuicios de los que debería responder la Administración autonómica canaria son los derivados de la implementación de las medidas de salud pública adoptadas por aquella en el ejercicio de sus competencias constitucional y estatutariamente otorgadas en materia de sanidad (art. 148.1.21ª CE, 141 del Estatuto de Autonomía de Canarias), por los órganos -autonómicos- que tienen atribuida la condición de autoridades sanitarias (art. 28 en relación con el art. 43 LOSC) y amparados en la legislación sanitaria ordinaria que habilita para adoptar tales medidas de salud pública frente a enfermedades contagiosas (la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; y, específicamente, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias). Medidas sanitarias que, en el supuesto analizado, se circunscriben a las contenidas en el Acuerdo de Gobierno de 19 de junio de 2020, por el que se establecieron las medidas de prevención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la Fase III del plan para la transición hacia una nueva normalidad, finalizada la vigencia de las medidas propias del estado de alarma, y sus sucesivas actualizaciones.

Así se deduce con meridiana claridad del párrafo final de la Exposición de Motivos del tan citado Acuerdo del Gobierno de Canarias de 19 de junio de 2020: *«Teniendo en cuenta lo anterior, el Gobierno, tras deliberar y a propuesta del Consejero de Sanidad, de conformidad con las competencias que como autoridad sanitaria otorga el artículo 43 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, acuerda (...)»*.

Y se explicita, durante la tercera fase, en la primera y siguientes actualizaciones del citado Acuerdo adoptadas con posterioridad a la fecha de la declaración del segundo estado de alarma. Sirva de ejemplo lo consignado en el Antecedente VII del

Acuerdo de 23 de diciembre de 2020 (BOC n.º 266, de 24 de diciembre), del siguiente tenor literal):

VII.- Tal y como señala el propio Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, en todo caso, durante la vigencia del estado de alarma, las administraciones sanitarias competentes en salud pública, en lo no previsto en esta norma, deberán continuar adoptando las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19, con arreglo a la legislación sanitaria, en particular, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, así como en la normativa autonómica correspondiente, la cual, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, viene constituida por la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

Por ello se entiende que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, se hace preciso actualizar el Acuerdo de Gobierno de 19 de junio de 2020, y sus sucesivas modificaciones, a la nueva regulación general del régimen de alerta sanitaria para combatir la pandemia COVID-19 mediante los niveles de alerta sanitaria que son de competencia de la autoridad sanitaria, según el documento de *“Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19”*, de 22 de octubre de 2020, incorporando los nuevos indicadores derivados del citado documento, y actualizándose las medidas en función de la situación epidemiológica, la capacidad asistencial y la capacidad de salud pública, las características y vulnerabilidad de la población susceptible expuesta (...).

Con esta línea argumental coincide la PR en sintonía con el Acuerdo de admisión a trámite recaído en este procedimiento de reclamación patrimonial, de fecha 7 de julio de 2021. A juicio de este Consejo Consultivo resulta aceptable haber admitido sólo parcialmente la reclamación, pues se rechaza la existencia de responsabilidad solidaria, y no se asume participación alguna de la Comunidad Autónoma de Canarias en la adopción de las medidas integradas en los dos estados de alarma. No coincide este Organismo, sin embargo, con la afirmación de que las competencias ejercitadas por la Comunidad Autónoma (integradas en el Acuerdo de 19 de junio de 2020 y sucesivos) tuvieran la condición de competencias delegadas (entre otras razones, porque si fuera así y todas las medidas adoptadas se hubieran acordado en el ejercicio de competencias delegadas, la consecuencia lógica y natural siguiendo la

propia línea argumentativa de la Propuesta de Resolución sería que habría que descartar la legitimación pasiva de la Comunidad Autónoma con carácter general, en lugar de aceptarla para las medidas adoptadas como autoridad sanitaria, como por el contrario, acertadamente, se hace), y menos aún que a ellas les resultara de aplicación el art. 9.4 LRJSP, que se refiere sólo a la delegación entre órganos de una misma Administración.

En fin, ha de concluirse que en este procedimiento la legitimación pasiva le corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias en cuanto titular de las competencias en materia de sanidad pública ex arts. 141.2, letra b) del Estatuto de Autonomía de Canarias en relación con los arts. 23, 24 a 28 y 42 a 45 LOSC.

7. De conformidad con lo establecido en el art. 67.1, párrafo segundo LPACAP, *«el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo»*.

Pues bien, en el supuesto analizado, la reclamación se entiende interpuesta dentro del plazo legalmente establecido. Teniendo en cuenta que las entidades reclamantes imputan a la Administración autonómica la producción de daños y perjuicios a la actividad económica desarrollada por aquellas hasta el día 9 de mayo de 2021, y que el escrito de reclamación inicial se formuló con fecha 27 de mayo de 2021, se ha de concluir que la acción indemnizatoria ha sido planteada dentro del plazo legalmente habilitado a tal efecto. Circunstancia esta que no es puesta en entredicho por la Propuesta de Resolución.

8. El plazo para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial es de seis meses; transcurridos los cuales, si no se notificara al interesado resolución expresa, se produciría silencio en sentido desestimatorio (art. 91.3 LPACAP). No obstante, la Administración está obligada a resolver y notificar a los interesados todos los procedimientos de manera expresa (art. 21 LPACAP).

En el presente supuesto, se ha superado el plazo de seis meses que, para su resolución, establece el art. 91.3 LPACAP. La demora producida no impide, sin embargo, la resolución del procedimiento; pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 21.1 y 24.3.b) LPACAP.

9. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n) LOSC.

No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (B.O.C., n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del Servicio Canario de la Salud, se delega en la Dirección General de Salud Pública « (...) *la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de su respectivo ámbito de actuación, elevando a la Dirección del SCS la correspondiente Propuesta de Resolución*». De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Dirección General de Salud Pública, de conformidad con el art. 19.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autónoma, en relación con el art. 14.3 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

II

Las empresas presuntamente perjudicadas formulan reclamación de responsabilidad patrimonial solidariamente contra la Administración General del Estado y la Administración autonómica -folio 5-, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios que les han sido irrogados como consecuencia de las diversas medidas restrictivas (especialmente, en lo que a la libertad de empresa se refiere) adoptadas por las referidas Administraciones Públicas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

A este respecto, el escrito de reclamación inicial señala lo siguiente -folios 4, 5, 12 y 13-:

«La actividad económica en los centros comerciales estuvo totalmente paralizada desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 25 de mayo de 2020, lo que ha causado cuantiosas pérdidas económicas, a las que se suman las ocasionadas por las innumerables restricciones de aforos (entre el 40% primero y el 75% después), así como los metros de venta y horarios de apertura que desde entonces y hasta el paso 9 de mayo de 2021 se han mantenido. Estos daños traducidos en pérdidas económicas constituyen el objeto de reclamación.

(...) estamos ante un sacrificio especial, en este caso, soportado por los titulares de centros comerciales a quienes se les impidió el cobro de las rentas de los locales donde no se ejerció la actividad empresarial prohibida, sufriendo daños que exceden con creces el sacrificio general impuesto a toda la población como fue el confinamiento generalizado, y que no puede conllevar dejar sin indemnizar aquellos daños objeto de sacrificio especial. Asimismo, en la vuelta a la denominada "nueva normalidad" las restricciones de aforo, metros de venta y horarios implican un sacrificio especial que genera daños evaluables económicamente.

(...)

Durante todo el estado de alarma desde el 14 de marzo de 2020 al 9 de mayo de 2021, debido a las bonificaciones o descuentos en la renta que tuvieron que ser aplicados a los contratos de arrendamientos suscritos, primero, por la suspensión total de la actividad comercial y después, por las limitaciones horarias, de aforo y metros de venta, una vez iniciada la fase de desescalada, la pérdida total de ingresos del centro comercial "(...) uno", se cuantifica en (...) 1.516.369,69 €. (...) .

Los que suscriben, en cuanto titulares del centro comercial, se les obligó a realizar descuentos en las rentas de los locales por cuanto se alquilaban espacios donde el Estado no permitió ejercitar actividad empresarial o comercial alguna, y luego se hizo con fuertes restricciones que implicaban merma de la actividad económica de los inquilinos y de su capacidad de pago de la renta. Con ello, por las medidas adoptadas, se sufrieron daños económicos que exceden con creces del sacrificio general impuesto a toda la población como fue el confinamiento generalizado, y que, por ser un sacrificio especial, deben ser objeto de indemnización en el importe de las rentas dejadas de percibir por las bonificaciones a las que se vieron obligados a aplicar a los contratos de arrendamiento ante el riesgo de perder la actividad de explotación de los locales del centro comercial, para siempre, incluso una vez se produjera el cese de las restricciones».

III

El art. 3.2 de la LO 4/1981 remite a las leyes (reguladoras de la responsabilidad patrimonial de la Administración) la determinación de la procedencia de una indemnización a favor de «*quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables*». En consecuencia, el procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPACAP, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los arts. 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la citada normativa, se entienden cumplidos los trámites esenciales; habiéndose observado en la instrucción del presente procedimiento los siguientes:

1. Con fecha 27 de mayo de 2021 (...) y (...), en nombre y representación de las entidades mercantiles (...) y (...), respectivamente (empresas propietarias del (...) situado en el municipio de Adeje), formulan reclamación solidaria de responsabilidad contra la Administración General del Estado y la Administración de la Comunidad

Autónoma de Canarias, interesando el resarcimiento de los daños y perjuicios que le fueron irrogados a las precitadas compañías mercantiles como consecuencia de las medidas de salud pública instauradas por las Administraciones Públicas -estatal y autonómica- para contener la propagación de las infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

2. Mediante Resolución n.º 3246/2021, de 7 de julio, del Director General de Salud Pública, se admite parcialmente a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta, *«únicamente en lo relativo a las medidas restrictivas de aforo en locales y establecimientos comerciales en la Comunidad Autónoma de Canarias»* -folio 2272-. Según se indica en la citada Resolución, *« (...) es posible concluir, teniendo en cuenta los distintos conceptos objeto de la presente reclamación, que la Comunidad Autónoma de Canarias solo se encuentra legitimada pasivamente en relación a las medidas restrictivas de aforo en los establecimientos comerciales, medidas acordadas por el Gobierno de Canarias, en el Acuerdo de 19 de junio de 2020 por el que se establecen medidas de prevención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID 19, una vez superada la fase III del plan para la transición hacia una nueva normalidad finalizada la vigencia de las medidas propias del estado de alarma. Dicho Acuerdo sería actualizado mediante sucesivos acuerdos de 2 y 9 de julio, 3,13, 20 y 27 de agosto, 3, 4 y 10 de septiembre, 1 y 8 de octubre, 23 de diciembre de 2020, 21 y 28 de enero, 1,18 y 31 de marzo de 2021, 22 y 29 de abril, 10, 17 y 24 de junio de 2021»*.

Esta Resolución consta debidamente notificada a los interesados.

3. Con fecha 17 de enero de 2022 se emite informe de la Dirección General de Salud Pública.

4. Mediante Resolución de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de 24 de enero de 2022, se admiten a trámite las pruebas presentadas por las empresas reclamantes, se incorpora como prueba documental el informe de la Dirección General de Salud Pública, de 17 de enero de 2022, y se acuerda la apertura del periodo probatorio.

Asimismo, se requiere a las interesadas para que aporten diversa documentación. Requerimiento que es debidamente cumplimentado por aquellas con fecha 27 de enero de 2022.

5. Con fecha 8 de febrero de 2022 se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose a las reclamantes un plazo de diez días para que pudieran

formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que tuviesen por convenientes.

6. Una vez transcurrido el plazo legalmente otorgado, no consta la presentación de escrito alguno por parte de las empresas reclamantes.

7. Consta en el expediente la emisión del informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias ex art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias. Documento jurídico que es evacuado con fecha 26 de abril de 2022.

8. Con fecha 29 de abril de 2022 se emite la correspondiente Propuesta de Resolución de la Dirección General de Salud Pública, por la que se desestima « (...) *la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...) en nombre y representación de (...) y por (...), en nombre y representación de (...), mercantiles titulares del Centro Comercial "(...)", por no concurrir los requisitos legalmente exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración*».

9. Mediante oficio de 3 de mayo de 2022 (con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente) se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias ex art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC.

IV

1. La Propuesta de Resolución formulada por el Director General de Salud Pública del Gobierno de Canarias con fecha 29 de abril de 2022 desestima « (...) *la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por (...) en nombre y representación de (...) y por (...), en nombre y representación de (...), mercantiles titulares del Centro Comercial "(...)", por no concurrir los requisitos legalmente exigibles que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración*». En concreto, al no apreciarse la antijuridicidad del daño alegado, de acuerdo con los diversos criterios expuestos en su Fundamento de Derecho séptimo.

2. Centrándonos en la cuestión de fondo, y una vez examinado el contenido del expediente remitido a este Consejo Consultivo de Canarias, se entiende que procede desestimar la reclamación formulada por las empresas titulares del (...), y en cuya virtud se interesa el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados a las citadas mercantiles como consecuencia de las medidas restrictivas (de aforo, metros de venta, horarios, etc.) adoptadas por la Administración autonómica para hacer frente

a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Y ello sobre la base de los argumentos jurídicos que se exponen a continuación.

3. La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley. El desarrollo legal de este precepto se contiene en los arts. 32 y siguientes LRJSP, complementado con lo dispuesto en la LPACAP, en lo que a la tramitación procedimental se refiere.

Pues bien, la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada (por todas las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014), precisa de la observancia de los siguientes requisitos (dictamen n.º 506/2021, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo de Canarias, entre otros):

«A) Un hecho imputable a la Administración, bastando, por tanto, con acreditar que un daño antijurídico, se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público.

B) Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar. El perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

C) Relación de causalidad directa y eficaz, entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido, así lo dice la Ley 30/1992, en el artículo 139, cuando señala que la lesión debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y

D) Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto éste que sí impone la obligación de indemnizar. La fuerza mayor entroncaría con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado, mientras que el caso fortuito haría referencia a aquellos eventos internos, intrínsecos al funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, por su mismo desgaste con causa desconocida, correspondiendo en todo caso a la Administración, tal y como reiteradamente señala el Tribunal Supremo, entre otras y por sintetizar las demás, la de 6 de febrero de 1996, probar la concurrencia de fuerza mayor, en cuanto de esa forma puede exonerarse de su responsabilidad patrimonial» (Fundamento de

Derecho cuarto, de la Sentencia n.º 757/2006, de 28 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña».

Por otra parte, y respecto a los principios generales de distribución de la carga de la prueba, este Consejo Consultivo de Canarias ha venido señalando reiteradamente cuanto se expone a continuación (v., Dictamen 156/2022, de 26 de abril, con cita del Dictamen 272/2019, de 11 de julio):

«Cabe recordar, a este efecto, que, en aplicación del art. 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio (...), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del Código Civil (...), que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho («semper necesitas probandi incumbit illi qui agit») así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega («ei incumbit probatio qui dicit non qui negat») y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios («notoria non egent probatione») y los hechos negativos («negativa non sunt probanda»). En cuya virtud, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998). Ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)».

2. A la vista de la jurisprudencia expuesta, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, la antijuridicidad, el alcance y la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. Como ha reiterado en múltiples ocasiones este Consejo Consultivo, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es que exista daño efectivo y que éste sea consecuencia del dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Sobre la Administración recae el onus probandi de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la

presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración y, del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), que permite trasladar el onus probandi a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquélla toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012)».

Finalmente, y como ha señalado de forma reiterada este Consejo Consultivo « (...) es necesario acreditar la realidad del hecho lesivo y la relación causal entre el actuar administrativo y los daños que se reclamen, como se hace en los recientes Dictámenes 40/2017, de 8 de febrero y 80/2017, de 15 de marzo, en los que se afirma que: «Además, como este Consejo ha manifestado recurrentemente (ver, por todos, los Dictámenes 238/2016, de 25 de julio y 343/2016, de 19 de octubre), sin la prueba de los hechos es imposible que la pretensión resarcitoria pueda prosperar. El art. 6.1 RPAPRP, en coherencia con la regla general del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impone al reclamante la carga de probar los hechos que alega como fundamento de su pretensión resarcitoria. Toda la actividad de la Administración está disciplinada por el Derecho (art. 103.1 de la Constitución, arts.3, 53, 62 y 63 LRJAP-PAC), incluida la probatoria (art. 80.1 LRJAP-PAC). Para poder estimar una reclamación de responsabilidad por daños causados por los servicios públicos es imprescindible que quede acreditado el hecho lesivo y el nexo causal (art. 139.1 LRJAP-PAC, arts.6.1, 12.2 y art. 13.2 RPAPRP), recayendo sobre el interesado la carga de la prueba (art. 6.1 RPAPRP). Esta prueba puede ser directa o por presunciones, pero para recurrir a estas es necesario que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre un hecho probado y aquel cuya certeza se pretende presumir. No basta para ello la mera afirmación del reclamante, porque ésta no constituye prueba (art. 299 LEC en relación con el art. 80.1 LRJAP-PAC)».

Finalmente, y en lo que se refiere a la acreditación del lucro cesante, este Organismo consultivo ha tenido ocasión de señalar lo siguiente (Dictamen 153/2020, de 1 de junio):

«El Tribunal Supremo ha sido muy riguroso analizando la teoría del enriquecimiento injusto, advirtiendo de la imposibilidad de lucrarse por causa de una responsabilidad de la Administración:

“Tanto el daño emergente como el lucro cesante deben ser probados por el reclamante y no cabe, desde luego, que la responsabilidad patrimonial se constituya en motivo de lucro, ni que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda

producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquel en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico” (STS de 5 de junio de 1998).

A mayor abundamiento, en el Dictamen 900/2010, de 20 de diciembre, entre otros, este Organismo ha manifestado lo siguiente:

“Así, se puede entender por lucro cesante aquella lesión patrimonial consistente en la pérdida de un incremento patrimonial neto que se haya dejado de obtener como consecuencia de un hecho lesivo causado por un funcionamiento anormal de un Servicio público.

Asimismo, el Tribunal Supremo exige, además, la prueba de la realidad de los daños a la hora de determinar el lucro cesante; así, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de julio de 1989 (RJ 1989/809), establece que “(e)n consecuencia, se trata de daños eventuales o meramente posibles, resultado de un cálculo apoyado en factores inciertos. En consecuencia, esta falta de certeza, unida a la no aportación de prueba alguna justificadora de lo pedido, conduce inexcusable el rechazo de esta partida, como así se formula en la propuesta de resolución”.

En este supuesto que analizamos, el lucro cesante reclamado no deja de ser un daño eventual basado en un cálculo apoyado en valores inciertos, por lo que debe ser rechazada la reclamación formulada por este concepto».

En efecto, como se indica en la sentencia n.º 2647/2016, de 15 de diciembre de 2016, de la Sección quinta, Sala Tercera, del Tribunal Supremo, «*la jurisprudencia del Tribunal Supremo orienta esta cuestión exigiendo “una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios. Y, en el mismo sentido, la de 22 de febrero de 2006, en la que se dice que “la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas” (STS 20 febrero de 2015)*».

En definitiva, «*(...) constituye doctrina jurisprudencial reiterada la que excluye como elemento indemnizable las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, esto es, ganancias dejadas de percibir que aunque posibles, por derivar de resultados inseguros o desprovistos de certidumbre, merecen el calificativo de inciertas (sentencias de 12 de mayo de 1997 -recurso de casación 670/1994-; 15 de noviembre de 2002 -recurso de casación 5974/1998-; 24 de marzo de 2004 -recurso de casación 593/2000-; 18 de abril de 2005 -*

recurso de casación 5568/2002-; y 11 de enero de 2008 -recurso de casación 1190/2002 -)» (sentencia de 5 de noviembre de 2010, de la Sala Tercera, sección 6ª, del Tribunal Supremo -Rec.1767/2006-).

4. Dicho lo anterior cumple analizar si en el presente supuesto concurren los requisitos sobre los que se sustenta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

4.1. Las reclamantes solicitan el resarcimiento de los daños y perjuicios que le fueron irrogados como consecuencia de las medidas de salud pública instauradas por las Administraciones Públicas -estatal y autonómica- para contener la propagación de las infecciones causadas por el SARS-CoV-2. De tales medidas, como se ha visto, sólo resultan en su caso imputables a la Comunidad Autónoma de Canarias aquellas acordadas en el ejercicio de competencias propias, de entre las incluidas en el Acuerdo de Gobierno de 19 de junio de 2020, y sucesivos. Pues bien, de entre ellas sólo resultan limitativas de la libertad de empresa que pretenden defender las reclamantes las que en su momento impusieron el cierre total de los establecimientos, y las que más tarde establecieron límites a los aforos de los mismos, superficie máxima de venta, o las que fijaron horarios de cierre a los establecimientos. Como ya ha quedado fundado más atrás sólo estas dos últimas resultan atribuibles a la competencia autonómica, pues el cierre de establecimientos la impuso en exclusiva el Gobierno de la Nación. Procede, en consecuencia, describir el régimen que se aplicó tanto a la limitación de aforo como al horario de cierre de establecimientos, en ambos casos referidos a locales y centros comerciales:

A) El Acuerdo del Gobierno de Canarias de 19 de junio de 2020 impuso a los establecimientos comerciales el siguiente régimen de aforos:

«3.6. Establecimientos comerciales.

Con carácter general, cualquier otro local o establecimiento comercial para el que no se recojan expresamente unas condiciones de aforo en el presente acuerdo ni en protocolos o normativa específica que les sea aplicable, no podrá superar el setenta y cinco por ciento del aforo autorizado o establecido.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación en los establecimientos comerciales de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, servicios médicos o sanitarios, ópticas, productos ortopédicos, productos higiénicos, peluquerías, prensa y papelería, combustible para la automoción, estancos, equipos tecnológicos y de telecomunicaciones, alimentos para

animales de compañía, comercio por internet, telefónico o correspondencia, tintorerías y lavanderías, sin perjuicio de la necesidad de cumplir las medidas generales de higiene y protección».

Esta medida sobre aforo se mantiene en los textos consolidados de las medidas de prevención para hacer frente a la crisis sanitaria, integrados como Anexo 2 en los Acuerdos del Gobierno de 3 y 4 de septiembre de 2020 (BOC n.º 182, de 5 de septiembre) y de 8 de octubre de 2020 (BOC n.º 208, de 9 de octubre).

Más adelante los límites de aforo se modifican, en atención al nivel de alerta de cada isla (Acuerdo de 1 de marzo de 2021, BOC n.º 42, de 2 de marzo):

«3.6. Otros establecimientos y locales comerciales y de actividades de servicios profesionales abiertos al público. Centros y parques comerciales.

“1. En los establecimientos y locales comerciales minoristas y de actividades de servicios profesionales abiertos al público para los que no se indican aforos específicamente en otros apartados no se podrá superar, los siguientes aforos en función de su situación epidemiológica:

a) En el nivel de alerta 1, el 50% de su capacidad total, debiendo el aforo resultante permitir el mantenimiento de las distancias de seguridad interpersonal en todo momento. b) En los niveles de alerta 2 y 3, este aforo no podrá superar el 33%. c) En el nivel de alerta 4, este aforo no podrá superar el 25%. En el caso de establecimientos o locales distribuidos en varias plantas, las limitaciones anteriores deberán cumplirse en cada una de ellas. 2. En el caso de centros y parques comerciales la capacidad de las zonas comunes se limitará, hasta el nivel de alerta 3, al 33% del aforo autorizado, y al 25% del aforo autorizado en el nivel de alerta 4. Durante los niveles de alerta 3 y 4, queda prohibida la utilización de zonas recreativas como zonas infantiles, o áreas de descanso, que deberán permanecer cerradas, salvo aquellas en las que pueda garantizarse la desinfección tras cada uso. En el caso de centros comerciales distribuidos en varias plantas, la limitación anterior deberá cumplirse en cada una de ellas».

La medida de aforo reproducida en el párrafo anterior se mantiene idéntica en el posterior Acuerdo de 18 de marzo de 2021 (BOC n.º 57, de 20 de marzo).

B) El Acuerdo de admisión parcial a trámite y la Propuesta de Resolución no incluyen la fijación de horarios de cierre de establecimientos entre las medidas de la competencia autonómica susceptibles de generar responsabilidad administrativa para la Comunidad Autónoma de Canarias. Tal omisión debe ser salvada, pues a esa medida sí se refiere el escrito inicial de los reclamantes, y se trata de una limitación impuesta por el Gobierno de Canarias y que además incide en el ejercicio de la libertad de empresa.

En el Acuerdo del Gobierno de 19 de junio de 2020 no figura tal medida de limitación de horarios, pero sí se incluye en la Resolución de 21 de enero de 2021, publicada en el BOC n.º 15, Esta modificación se introduce, indica tal Resolución, *«por no encontrarse dentro del ámbito del Real Decreto 926/2020 por el que se declara el estado de alarma, (por lo que) han de acordarse por el Gobierno en su condición de autoridad sanitaria»* (apartado VIII de los Antecedentes). El apartado referido a los horarios señala:

«1.6. Limitación de horarios de actividades, servicios o establecimientos. En el nivel de alerta 4 se establece una limitación horaria de las 18.00 horas en todas las actividades, servicios o establecimientos regulados en el presente Acuerdo, con las excepciones que se indican a continuación: a) La actividad industrial y el comercio mayorista. b) Los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad (...)».

Esta medida de limitación de horarios aún se mantiene el Acuerdo de 1 de marzo de 2021 (BOC n.º 42, de 2 de marzo).

4.2. Procede enseguida abordar la cuestión de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la producción del daño.

En el supuesto ahora examinado, las mercantiles reclamantes se limitan a señalar, de forma genérica, la responsabilidad indistinta de la Administración estatal y autonómica en la producción del daño (lucro cesante consistente en la disminución de las cantidades percibidas por las empresas titulares del centro comercial en concepto de rentas por el alquiler de los locales comerciales, durante el periodo que abarca desde el 14 de marzo de 2020 al 9 de mayo de 2021, como consecuencia de la aplicación de las correspondientes bonificaciones a las rentas de los arrendatarios - acordadas de mutuo acuerdo entre las titulares del centro comercial, en calidad de arrendadoras, y las empresas arrendatarias de los diversos locales existentes en el centro comercial de referencia-); afirmando, sin más, y sin sustento probatorio alguno, la concurrencia de la necesaria relación de causalidad. En efecto, tal y como se indica en el escrito de reclamación inicial *«existen beneficios económicos netos que se hubieran percibido si no se hubieran adoptado las medidas restrictivas de la actividad. Es un daño (...) con una evidente relación de causalidad en la medida de cierre, suspensión total o parcial de la actividad. La relación de causalidad directa es tan clara y evidente (...) que no merece mayores elementos probatorios ni comentarios».*

Esta última afirmación, *«(l)a relación de causalidad directa es tan clara y evidente (...) que no merece mayores elementos probatorios ni comentarios»,*

anticipa el incumplimiento de la jurisprudencia y de la doctrina de este Consejo descritas en el fundamento IV anterior, en el sentido que *«(l)a carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, tal como establece la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone»*.

El daño que la reducción de aforos habría producido incidiría, de estimarse, sobre los comerciantes, sobre los titulares de la actividad comercial, al haberse producido una limitación de su libertad de empresa. Pero de ningún modo resulta aceptable transferir el eventual daño de los titulares de los establecimientos a los propietarios del entero Centro comercial, por la vía de amortizarlos con cargo a bonificaciones de renta libremente concedidas por el arrendador. Un eventual daño derivado de la limitación de aforos sólo resulta referible a los titulares de la actividad comercial, en los diferentes establecimientos. Por esta vía de expandir los efectos del daño más allá de los inmediatamente damnificados se alcanzaría a incluir a todos los agentes económicos de la entera economía del país. Y cierto es que ésta se ha visto afectada, toda ella, por los efectos de las medidas preventivas y reparadoras de la acción pública frente a la COVID, pero sólo resultan incluibles en la valoración jurídica de su presunta imputación a las Administraciones públicas aquellos daños inmediatamente referibles al ejercicio de esa libertad de empresa.

A menos que se acreditara por los reclamantes la existencia del nexo causal, no cabe ampliarla a los propietarios de los locales en que se ejerce, como tampoco, en un encadenamiento sin fin, a los hipotéticos acreedores hipotecarios de éstos, o a cualquier otro titular de derechos que indirectamente se encontrara damnificado. Si como consecuencia del cierre de los establecimientos los comerciantes dejaron de pagar la renta al arrendador ahora reclamante éste disponía de vías jurídicas de Derecho privado para exigir las y, eventualmente, resarcirse de ese daño.

No hay relación de causa-efecto entre las alegadas disminuciones de rentas arrendaticias y la actividad administrativa frente a la COVID. Efectivamente, amén de no acreditar de qué manera y/o en qué grado han influido las medidas de salud públicas implementadas por la Comunidad Autónoma durante la pandemia en la producción del daño (lucro cesante), lo cierto es que la pérdida de beneficios económicos (rentas) derivados de los contratos de arrendamiento suscritos por las propietarias del centro comercial se debe, única y exclusivamente, a su actuación, esto es, a las bonificaciones/reducciones de las rentas del alquiler de los locales

presuntamente pactadas con los arrendatarios de estos para hacer frente a la situación de crisis económica.

Ciertamente, una cosa es la crisis económica subsiguiente a la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, con las graves consecuencias desfavorables (pérdida de ganancias, productividad, empleos, etc.) para la situación económico-financiera de las empresas (hecho notorio ex art. 281 LEC), lo que ha impedido que estas hayan podido desarrollar con normalidad su actividad; y, otra bien distinta, es que la implementación de las medidas de salud pública instauradas por la Administración para hacer frente a la crisis sanitaria constituyan una lesión resarcible (siendo necesario, acreditar a tal fin -art. 217 LEC-, la concurrencia de los requisitos legales y jurisprudenciales sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; entre ellos la relación de causalidad).

Así pues, y a falta de prueba en contrario, se entiende que la causa determinante del resultado lesivo (pérdida de rentas derivadas del arrendamiento de los locales comerciales) no viene representada por la intervención administrativa en materia de salud pública (medidas preventivas instauradas por la Comunidad autónoma de Canarias), sino por la decisión libre y voluntariamente adoptada por arrendador y arrendatario -fruto de la autonomía de la voluntad de las partes y en el ejercicio de su poder empresarial (art. 38 de la CE)- de reducir el importe de las rentas de alquiler por los locales comerciales, como medida instituida -de mutuo acuerdo- para hacer frente a la crisis económica derivada de la pandemia.

Como complemento a lo anterior se ha de significar que, en términos generales - y como se constata en la realidad diaria-, las Administraciones Públicas no sólo no han contribuido a la producción y/o al empeoramiento de la grave situación económico-financiera de las empresas en el contexto de la actual crisis sanitaria por coronavirus, sino que, por el contrario, desde un primer momento, han venido arbitrando, a todos los niveles (europeo, estatal, autonómico, etc.) medidas compensatorias de distinta índole -art. 34.1, in fine, LRJSP- (expedientes de regulación temporal de empleo, moratorias, aplazamientos, avales, reestructuración de la deuda financiera, etc.) y, en particular, diferentes ayudas públicas destinadas a minimizar el impacto económico de la pandemia (particularmente, fondos «*Next Generation EU*»).

Por lo demás, cabe recordar -una vez más- que «*de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998)*

no es acorde con el principio de responsabilidad patrimonial su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, y la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento. Lo que, en otras palabras, significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público (...) no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, como también ha sido razonado reiteradamente por este Consejo Consultivo, para que surja la obligación de indemnizar de la Administración (...) es necesario que entre el daño alegado y el funcionamiento anormal haya una relación de causalidad» (Dictamen 155/2022, de 26 de abril, de este Consejo Consultivo de Canarias).

4.3. La Propuesta de Resolución no plantea la existencia de fuerza mayor como eximente de la responsabilidad administrativa en este caso; como tampoco se refiere al argumento que se contiene en la reclamación en relación con la responsabilidad del Estado legislador como fundamento -uno más- de su pretensión, extremos sobre los que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 88.1 LPACAP debería contener pronunciamiento.

4.4. Por otra parte, no se aprecia la necesaria antijuridicidad del daño (art. 34.1 LRJSP). Y ello en atención a las consideraciones jurídicas que se exponen a continuación.

A) En primer lugar, y como ha tenido ocasión de señalar la doctrina jurisprudencial, *« (...) el daño es antijurídico cuando está injustificado y los perjudicados no tienen la obligación legal de soportarlo»* (Sentencia 237/2017, de 6 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid -Rec., 273/2015-; y Sentencia 21/2019, de 10 de enero -Rec., 785/2015, del precitado órgano judicial); siendo necesario, para poder declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, *« (...) la constatación de una suerte de irrazonable, inmotivada, arbitraria o injustificada actuación de la administración demandada en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas que permitan afirmar que el daño que se ha producido tiene la consideración de daño antijurídico que los particulares no tienen la obligación de soportar»*

(Sentencia 503/2016, de 26 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid).

Teniendo en cuenta lo afirmado anteriormente, y una vez examinado el contenido del expediente remitido, resulta obligado concluir que la actuación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias en modo alguno puede considerarse injustificada, inmotivada, irrazonable o arbitraria. Y es que, pese a las alegaciones de las reclamantes respecto a la falta de proporcionalidad e idoneidad de las medidas de salud pública instauradas por la Comunidad Autónoma (afirmaciones carentes de cualquier clase de sustento probatorio -art. 217.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento civil-), lo cierto es que aquellas tienen el deber jurídico de soportar los perjuicios derivados de las medidas preventivas -y las consecuentes restricciones a su actividad empresarial- instituidas por la Administración autonómica a partir del 21 de junio de 2020 (contenidas en el Acuerdo de Gobierno de 19 de junio de 2020 y sus posteriores actualizaciones), al haber sido adoptadas por la autoridades sanitarias competentes, amparadas en la legislación ordinaria en materia sanitaria y de salud pública, y debidamente motivadas y justificadas por la protección de bienes jurídicos superiores como son el derecho a la salud y/o a la vida y a la integridad física ex arts. 43 y 15 de la CE.

A este respecto, parece oportuno transcribir los razonamientos jurídicos contenidos en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio, del Tribunal Constitucional y que, *mutatis mutandi*, resultan de aplicación al supuesto ahora analizado (Fundamento Jurídico noveno):

«El derecho fundamental a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE ampara «el iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial» (STC 8/1984, FJ 3, reiterada entre otras en SSTC 112/2006, de 5 de abril, FJ 8; 135/2012, de 19 de junio, FJ 5, y 35/2016, de 3 de marzo, FJ 3). No hay duda de que las mencionadas reglas del art. 10 constriñen intensísimamente, con carácter temporal, el libre mantenimiento de la actividad empresarial en algunos de los sectores directamente concernidos. Pero como ya se ha señalado anteriormente, el estado de alarma puede justificar «excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad» ordinaria de determinadas normas del ordenamiento vigente (STC 83/2016, FJ 9), siempre que se orienten a la protección de otros bienes de relevancia constitucional, cuenten con soporte en la LOAES, y resulten razonablemente adecuadas y necesarias a tal propósito.

La primera de estas condiciones concurre en las decisiones adoptadas en los apartados ahora discutidos del art. 10, pues con estas medidas se procuró, limitando la concentración

de personas, atajar o contener la propagación del virus y proteger tanto la salud de todos como la suficiencia del sistema sanitario nacional (art. 43.1 y 2 CE). Tales decisiones se adoptaron con fundamento en el artículo 12.1 LOAES y, por su remisión, en los artículos 26.1 de la Ley 14/1986, general de sanidad, y 54. 2 (letras c] y d]) de la Ley 33/2011, general de salud pública. Ambos preceptos legales prevén expresamente, como quedó dicho en el fundamento anterior, la posible «suspensión del ejercicio de actividades», así como «cierres de empresas» o el «cierre preventivo de (...) instalaciones, establecimientos, servicios e industrias» cuando las circunstancias en ellos descritas («riesgo inminente y extraordinario para la salud», en la primera de estas disposiciones, y «motivos de extraordinaria gravedad o urgencia», en la segunda) lo justifiquen. No cabe dudar que circunstancias de ese tipo fueron las que justificaron las medidas que ahora se consideran (y que los propios recurrentes consideran posiblemente necesarias), por lo que sería suficiente con remitirnos a lo ya expuesto.

(...)

Tanto la decisión de suspender determinadas actividades empresariales con afluencia de clientes (número 4), como la de hacer otro tanto respecto de la apertura al público de establecimientos, servicios o instalaciones (números 1 y 3) aparecen pues como idóneas y necesarias para frenar la expansión de la epidemia y revertir sus daños. Basta con remitirnos de nuevo a lo ya razonado, y con recordar que otros países europeos adoptaron medidas análogas por las mismas fechas (por todas, Reglamento BGBI. II núm. 96/2020, de 16 de abril, del ministro federal de Asuntos Sociales, Asistencia y Protección de los Consumidores del Gobierno austriaco en relación con las medidas provisionales para evitar la propagación del COVID-19).

La restricción extraordinaria del derecho fundamental a la libertad de empresa que se estableció en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 10 del Real Decreto 463/2020 contó pues con fundamento en la Ley Orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES), y no resultó desproporcionada, por lo que se rechaza la pretensión de inconstitucionalidad formulada respecto a las medidas examinadas que, en la medida en que cuentan con suficiente respaldo constitucional, tienen capacidad para obligar tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos (art. 9.1 CE), lo que se traduce en un correlativo deber de soportar dichas limitaciones, en atención a la gravedad de los bienes que se pretende proteger».

En efecto, los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional nos conducen a afirmar que las mercantiles reclamantes tienen el deber jurídico de soportar los perjuicios derivados de las medidas preventivas, limitaciones de horarios y aforos y restricciones a su actividad empresarial (art. 38 de la CE) acordadas por la autoridad sanitaria autonómica, al amparo de la legislación ordinaria en materia de salud pública, y debidamente motivadas y/o justificadas, con fundamento en la protección

de otros bienes jurídicos superiores -como es el derecho a la salud, o el derecho a la vida e integridad física consagrados, respectivamente, en los arts. 43 y 15 de la CE-.

Por lo demás, las medidas de salud pública adoptadas por la Comunidad Autónoma responden a los principios generales de acción en salud pública; entre ellos, el de pertinencia, evaluación, seguridad y precaución (art. 3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). Principio este último que, de conformidad con lo establecido por la doctrina jurisprudencial (véase la Sentencia 237/2017, de 6 de abril de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid -Rec., 73/2015-) actúa -caso de verificarse, como sucede en el supuesto analizado- como causa de exclusión de la antijuridicidad del daño.

Así pues, y de acuerdo con las consideraciones anteriores, cabe concluir que no se aprecia la concurrencia de los presupuestos exigidos por la ley para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica (en este caso, la antijuridicidad del daño), puesto que, de acuerdo con los informes técnicos incorporados al expediente -que no han sido desvirtuados por los reclamantes mediante la aportación de los correspondientes medios de prueba- y en atención a la cláusula de progreso recogida en el art. 34.1 LRJSP (*«No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos»*), aquella adoptó las medidas preventivas que los conocimientos científicos disponibles revelaban como más eficaces para evitar la propagación de la enfermedad y la saturación del sistema sanitario en ejercicio de sus competencias sobre protección de la salud pública.

B) En segundo lugar, las empresas reclamantes, como toda la ciudadanía, tenían el deber inexcusable de cumplir las medidas sanitarias dictadas, ya que responderían al concepto de *«cargas generales»*. Así, se trata de una reclamación por daños y perjuicios derivados de la aplicación de las medidas de salud pública adoptadas por la Administración autonómica, en cuyo caso los perjuicios generales derivados de la actuación administrativa, al constituir cargas sociales o colectivas que los ciudadanos (y las empresas) están obligados a soportar -en aras a la protección de un bien jurídico superior como es el derecho a la salud ex art. 43 de la CE-, no generarían indemnización alguna, siempre, por supuesto, que los perjuicios ocasionados por el actuar administrativo no se circunscribiesen exclusivamente a personas individuales,

ya que, en este último caso, no se estaría ante una carga colectiva o social sino ante unas cargas concretas e individualizadas.

En efecto, las mercantiles reclamantes cuestionan, fundamentalmente, la proporcionalidad y la necesidad de las medidas adoptadas por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, incidiendo en que esta reacción ante la pandemia fue especialmente intensa en su sector de actividad (centros comerciales), lo que les supone un sacrificio especial o singular que ha de ser resarcido.

Sin embargo, resulta obligado advertir que las restricciones al horario de apertura, aforos, etc., se implantaron en todos los sectores económicos cuya actividad no fuera esencial (y no sólo a los centros comerciales en general, o al regentado por las reclamantes, en particular). Y que la afectación a la actividad económica desarrollada en el centro comercial -en el periodo a que se contrae la reclamación contra la Administración autonómica- fue parcial, limitada en el tiempo y progresiva [*« (...) siendo objeto de revisión y/o modificación con carácter periódico según la evolución de la situación epidemiológica, sanitaria y la presión hospitalaria y según el nivel de alerta sanitaria señalado en cada momento por el Gobierno de Canarias»*, como indica la Propuesta de Resolución], tal y como reconocen expresamente las reclamantes. Por lo que los hipotéticos daños que se le hubiese podido ocasionar al centro comercial, habrán de ser soportados por éste en concepto de cargas colectivas o generales impuestas a todos los operadores del sector económico de referencia. Y es que el sacrificio particular sufrido en aras de la protección del interés público (arts. 15 y 43 CE) no es indemnizable si los afectados son todos los integrantes de un determinado sector de actividad.

En conclusión, los daños que se hayan podido infligir a los titulares de los centros comerciales como consecuencia de las medidas restrictivas instauradas por la Comunidad Autónoma por motivos de salud pública no constituyen un sacrificio singular, excesivo o desigual que sea susceptible de resarcimiento. Y es que dichas medidas afectaron por igual a todos los establecimientos comerciales del sector, sin perjudicar especial y particularmente a unos u otros, puesto que las precitadas medidas fueron objeto de adopción con carácter general, destinadas a una pluralidad indeterminada de destinatarios. Circunstancias éstas que excluyen la antijuridicidad del daño e impiden el resarcimiento pretendido por las reclamantes.

C) En tercer lugar, no resulta antijurídico el eventual daño derivado de las restricciones impuestas por razones de salud pública a una actividad (actividad comercial) que en su desarrollo concentra riesgos particularmente elevados en el

contexto de una pandemia, a pesar de que el agente económico (centro comercial) que la desarrolla no tiene ninguna responsabilidad en el origen de esa peligrosidad. Es decir, se trata de la limitación de una actividad especialmente susceptible de generar situaciones de alto riesgo para la salud pública, en un contexto determinado (crisis sanitaria mundial originada por la COVID-19), en el que el origen de dicho peligro no está en el titular de la actividad sino en un factor externo al mismo (intensidad de las concentraciones de personas en estos establecimientos).

En este sentido, el Dictamen n.º 15/2022, de 27 de enero, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias señala:

«El reproche se dirige frente a las medidas restrictivas de apertura, horario y aforo que en respuesta a ese evento no imputable a la Administración se adoptaron por la autoridad autonómica, por lo que lo relevante es determinar si esa respuesta fue razonada o arbitraria, lógica o irracional, proporcionada o excesiva. De superar este juicio, más allá del de legalidad formal, nos enfrentaríamos a la concreción de unos riesgos que pertenecen a cada sector de actividad, ya que es claro que aquellos negocios que giran sobre la reunión de personas en espacios cerrados están expuestos -en sí mismos y permanentemente- a la eventual necesidad de que se restrinja la presencia física o el aforo».

Pues bien, en el caso analizado, la actividad económica afectada por las medidas restrictivas adoptadas por el Gobierno de Canarias era (y sigue siendo) intrínsecamente peligrosa, al constituir una posible fuente de contagios, contribuyendo a la transmisión de la enfermedad. Los establecimientos comerciales no se encontraban en una posición neutral, por más que no tuviesen responsabilidad en el origen de la pandemia y hubieran superado los correspondientes controles administrativos sanitarios. De esta manera, la apertura de los centros comerciales durante una situación de crisis sanitaria como la actual no es una actividad socialmente inocua, sino peligrosa (tal y como se constata en el informe de la Dirección General de Salud Pública de 17 de enero de 2022), por cuanto el derecho a la integridad física de todos los ciudadanos -no sólo de los que acuden al centro comercial-, es puesto en peligro o menoscabado cuando se lleva a cabo una determinada actividad privada que supone un riesgo de contagio de la enfermedad. En definitiva, los riesgos inherentes a dicha actividad socialmente peligrosa es otra circunstancia más que excluye la antijuridicidad del daño y, consecuentemente, la obligación de indemnizar.

5. Finalmente, visto que las empresas interesadas en este procedimiento afirman dirigir su reclamación no sólo contra la Administración de la Comunidad Autónoma de

Canarias sino también, de forma solidaria, contra la Administración General del Estado, procede que en este procedimiento también se acuerde remitir a esta última la Resolución que en él recaiga.

El art. 33.4 LRJSP exige que en el supuesto, que no es el del presente Dictamen, de una actuación concurrente a través de un órgano de gestión conjunta, la Administración competente para tramitar *«deberá consultar a las restantes Administraciones implicadas para que, en el plazo de quince días, éstas puedan exponer cuanto consideren procedente»*.

Tal exigencia no se plantea en el supuesto que dictaminamos, pero en cumplimiento del deber de colaboración entre Administraciones públicas (art. 140 LRJSP), y atendiendo además a las particularidades de este procedimiento, ya señaladas, procede que se acuerde remitir la Resolución resultante a la Administración General del Estado, meramente para su conocimiento.

6. En mérito a lo expuesto anteriormente, se concluye que no concurren los presupuestos exigidos por la Ley para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, por lo que procede:

6.1. Desestimar la reclamación formulada contra la Comunidad Autónoma de Canarias por los daños y perjuicios aducidos desde el 14 de marzo al 21 de junio de 2020, por falta de legitimación pasiva.

6.2. Desestimar la reclamación, al no ser antijurídicos los daños alegados por las reclamantes derivados de competencias propias de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia sanitaria, a partir del 21 de junio de 2020.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida al Dictamen de este Consejo Consultivo de Canarias, se entiende que es conforme a Derecho en atención a los razonamientos jurídicos expuestos en el Fundamento IV de este Dictamen.